Das Befriedigungsrecht des Gläubigers aus der Zwangsvollstreckung in Grundstücke.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Jean Hirschfeld

Referendar.

Guhrau

Buchdruckerei A. Ziehlke

1911.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard,
Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Das Befriedigungsrecht des betreibenden Gläubigers in geschichtlicher Entwicklung 1
I. Das römische Recht 2
II. Das deutsche Recht 3
a. vor der Rezeption
b. nach der Rezeption 4
c. das preussische Recht 5
B. Das Befriedigungsrecht des betreibenden Gläubigers nach geltendem Recht 6
I. Vorbemerkung 7
II. Die Rechtswirkung des die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung anordnenden Beschlusses . . . 8
a. Sicherung des zur Zeit der Beschlagnahme vorhandenen rechtlichen Bestandes des Grundstücks 8
b. Gewährung einer bevorzugten Stellung bei der Befriedigung aus dem Grundstücke 10
III. Die Folgerungen aus den Rechtswirkungen und der geschichtlichen Entwicklung der Beschlagnahme für die Art des dem betreibenden Gläubiger entstehenden Rechtes 11
a. Die privatrechtliche Konstruktion des Befriedigungsrechtes 12
1. Die Begriffsmerkmale des Pfandrechts . 13
2. Stellungnahme zu der Frage: Ist das Befriedigungsrecht ein Pfandrecht? . . . 19
3. Stellungnahme zu der Frage: Ist es überhaupt iuris privati? 25
α. Die Grenze zwischen objektivem privatem und öffentlichem Recht . . 26
β. Das Wesen der subjektiven privaten und öffentlichen Rechte 27
b. Die öffentlich-rechtliche Konstruktion des Befriedigungsrechtes 30
1. als öffentlichen Rechts auf Grund der Theorie vom Rechtsschutzanspruch . . 31
2. als Rechts prozessualer Natur 33

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543115_0140

Literatur-Verzeichnis.

Albrecht: Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts. 1828.

Arndts: Lehrbuch der Pandekten. 1886. (13. Aufl.)

Bayer: Vorträge über den gemeinen ordentlichen Zivilprozess. München 1835.

Bierling: Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Gotha 1883.

Bremer: Das Pfandrecht und die Pfandobjekte, Leipzig 1867.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten, 1884.

Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte Bd. I (1906). Bd. II (1896)

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1901.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1905.

Demelius: Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem-bürgerlichen Gesetzbuch. 1897.

Denkschrift: Zum Entwurfe eines Gesetzes betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen in Hahn-Mugdans Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. V.

Dernburg: Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Rechts. Leipzig 1864.

„ Preussisches Privatrecht. Halle 1881.

„ Preussisches Hypothekenrecht. Leipzig 1877.

„ Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. 3. Bd. Halle 1904.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

„ des Reichsgerichts in Strafsachen.

Exner: Kritik des Pfandrechtsbegriffes nach römischem Recht, Leipzig 1873.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch 1904.

Fischer: Lehrbuch des preussischen Privatrechts. Berlin und Leipzig 1886.

Fischer-Schäfer: Die Gesetze betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im Reiche und in Preussen. Berlin 1902.

Fischer: Ueber Wachs Handbuch. Ztschr. für deutschen Zivilprozess. Herausg. von Busch und Vierhaus. Bd. X S. 429.

Gaupp-Stein: Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich. 8./9. Aufl. 1906.

Gierke: Deutsches Privatrecht, Leipzig 1895.
Glasenapp, v.: In Gruchots Beiträgen, Bd. 24, S. 245.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar Berlin 1903.
Heidenfeld: Die Zwangsversteigerung von Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung. 1884.
Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses. Bd. I. 1903.
„ Anspruch und Klagrecht. 1900.
Hofmann: Dingliche und persönliche, absolute und relative Rechte in Allg. öst. Ger. Z. 1870.
Ihering: Geist des römischen Rechtes.
Jäckel: Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung, Zwangsverwaltung, herausg. von Güthe. 1909.
„ Kommentar zum Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 1904.
Jäger: Kommentar zur Konkursordnung. 1904.
Jellinek: System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg 1892.
Keller: Pandekten, 2. Auflage 1866.
Koch: Recht der Forderungen 1859.
Kohler: Recht und Prozess, in Grünh. Z. Bd. 14.
„ Der Prozess als Rechtsverhältniss. 1888.
Krech-Fischer: Die preussische Gesetzgebung betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 1894. Kommentar.
Martin: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen gemeinen Prozesses. Heidelberg 1838.
Menger: Beiträge zur Lehre von Exekution. Arch. f. d. ziv. Praxis, 1872 Bd. 55.
Meibom, von: Das deutsche Pfandrecht. Marburg und Leipzig 1867.
Meyerhoff: Corpus iuris civilis für das Deutsche Reich und Preussen. 3. Bd. 1904.
Mittermaier: Der gemeine deutsche bürgerliche Prozess, Bonn 1822—1826.
Motive zum Entwurf eines Gesetzes betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 1889.
Ohmeyer: Juristische Natur des Befriedigungsrechts, Ztschr. für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausg. v. Grünhut, 32. Bd.
Olshausen: Ansprüche Dritter in der Exekutionsinstanz nach gemeinem und preussischem Recht. Berlin 1874.
Peiser: Zwangsverwaltung von Grundstücken. 1900.
Planck: Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. Braunschweig 1879.
Puchta: Pandekten, 12. Aufl. 1877.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausg. von Mugdan-Falkmann, Bd. IV.
Reincke: Die deutsche Zivilprozessordnung. Berlin 1904.
Reinhard: Das Zwangsversteigerungsgesetz. 1900. Kommentar.

Rudolph: Zur Lehre vom richterlichen Pfandrecht in Ihering. Jahrb. Bd. XX.
Schmidt: Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses. 1906.
Schwind, v.: Wesen und Inhalt des Pfandrechts 1899.
Seuffert: Kommentar zur Zivilprozessordnung. 8. Aufl. 1903.
„ Recht, Klage, Zwangsvollstreckung, in Grünh. Z. Bd. 12.
Sintenis: Handbuch des gemeinen Pfandrechts, Halle 1836.
Sohm: Der Begriff des Forderungsrechts in Grünh. Z. Bd. 4.
Stölzel: Im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 45.
Struckmann-Koch: Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich. 7. Aufl. 1900.
Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878.
Unger: System des österr. allg. Privatrechts 1892.
Vangerow, v.: Lehrbuch der Pandekten 1863.
Voss: In Gruchots Beiträgen, Bd. 23, S. 232.
Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozesses. 1885 Bd. I.
Waldeck: Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 45.
Weismann: Lehrbuch des Zivilprozesses. 1905.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt a./M. 1906 9. Aufl.
Wolff: Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung nebst dem Einführungsgesetz 1909. 3. Aufl.

Die Frage, welcher Art das Recht ist, das der betreibende Gläubiger durch die von ihm beantragte Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des dem Schuldner gehörenden Grundstücks erwirbt, kann einer geschichtlichen Einleitung deshalb nicht entbehren, weil die geltenden Normen der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen das Ergebnis einer langen historischen Entwicklung sind, deren Wurzeln in römischem und deutschem Recht liegen.

A.

Es seien deshalb hier zunächst die Grundzüge der römischen Entwicklung dargestellt. Wir müssen dabei die Beitreibung einer dinglich gesicherten Forderung aus dem Rahmen unserer Erörterung ausscheiden, da dieselbe im Wege des Privatverkaufs vor sich geht. Im Privatverkauf ist für gerichtliche Massnahmen, an welche sich bestimmte Vorzugsrechte für den betreibenden Gläubiger knüpfen könnten, kein Raum. Uns kommt es aber gerade darauf an, jenen Vorgang juristisch zu würdigen, bei welchem einer durch Pfandvertrag noch nicht gesicherten Forderung durch richterliche Massnahmen eine Sicherung zuteil wird, welche alle Merkmale eines dinglichen Rechts an sich zu tragen scheint. Wir gewinnen dabei den Eindruck, als wolle das Gesetz dem blossen Forderungsgläubiger durch Anordnungen seiner Organe im Vollstreckungsverfahren dieselbe bevorzugte Rechtsstellung hinsichtlich seines Anspruchs verleihen, die der Vertragspfandgläubiger von Anfang an besitzt. Wir werden daher nur das Exekutionsverfahren wegen einer persönlichen Forderung betrachten, soweit wir daraus Näheres über das Recht, das der betreibende Gläubiger durch Anordnung der Exekution nach römischem Recht erwarb, entnehmen können.

Dernburg, Pfandrecht Bd. II § 119.

I. Die Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen gestaltete sich unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Vermögensexekution hinsichtlich des beweglichen und unbeweglichen Vermögens im wesentlichen gleiche Grundsätze aufwies, folgendermassen.

Nachdem die alte Generalexekution, durch welche der Gläubiger vom Praetor in das Grundstück immittiert wurde und durch welche er das Pfandrecht (das pignus praetorium) am Vermögen des Schuldners erhielt, als unpraktisch abgekommen war, griff in der Kaiserzeit das Prinzip der Spezialexekution, d. h. der Beitreibung von Geldforderungen durch Pfändung einzelner Gegenstände Platz. Sie erfolgte auf Anordnung des infolge eines Judikats oder einer confessio in iure, dazu berechtigten Gläubigers, und zwar für Immobilien ebenso wie für Mobilien in der Weise, dass sie der Verfügung des Schuldners entzogen wurden; dass dabei eine Einweisung des Gläubigers in den Besitz des immobile stattfand, wird man mit Windscheid und Dernburg verneinen müssen. Vielmehr nimmt nur der Magistrat zwecks Sicherung der Durchführung des Verfahrens die detentio und custodia an sich, der Schuldner verlor also den juristischen Besitz nicht.

l.2 pr. D. pro herede 41,5. l.12 D. pro emptore 41,4.

Windscheid, Pand. Bd. I § 233 S. 747 Anm. 5. Dernburg, Pfandr. Bd. I S. 418.

Doch kommt es neben diesen mehr faktischen, in erster Linie auf die rechtlichen Beziehungen des betreibenden Gläubigers zu jenem pignus in causa judicati captum an.

Der Wortlaut verschiedener Quellenstellen spricht dafür, dass der betreibende Gläubiger durch die Pfändung ein wirkliches Pfandrecht am Grundstück des Schuldners erlangt habe, z. B. l.10 D. 20,4: »si et iure iudicatum et pignus in causa iudicati ex auctoritate eius qui iubere potuit, captum est, privilegiis temporis fore potiorem heredem eius, in cuius persona pignus constitutum est«; vgl. ferner l.31 D. 42,1; l.21 D. 20,4; l.1 C. VIII,23. Infolgedessen sprach auch die herrschende Meinung des gemeinen Rechts dem Gläubiger ein Pfandrecht am immobile zu, (Arndts Pandekten); hiergegen sind mit Recht von neueren Schriftstellern erhebliche Bedenken erhoben worden. Zunächst macht Dernburg unter Heranziehung von Quellenstellen, die speziell über das pignus in causa iudicati handeln, geltend, dass, sofern dort

Arndts Pand. § 372; Stölzel, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 45 S. 379, f. Waldeck ebendas. S. 484; Bayer, ZPO. S. 535. Dernburg, a. a. O. S. 420.

von einem Pfandrecht gesprochen werde, stets das pignus praetiorum gemeint sei.

Ein weiteres Argument gegen die herrschende Meinung findet Dernburg in der rechtlichen Stellung des Vollstreckungsorganes. Nach ihm ist das Vollstreckungsorgan nicht Mandatar der Parteien, in deren Auftrag und als deren Vertreter es Vollstreckungshandlungen vornehme und dadurch Pfandrechte begründe; vielmehr führt es die Vollstreckung aus zur Wahrung des verletzten Rechts im eigenen Namen und kraft öffentlichen Amtes.

So auch Voss in Gruchots Beitr. Bd. 23, S. 240 ff.

Gegen die Mandatstheorie wird ferner eingewendet, dass sich eine privatrechtliche Stellung des Magistrats mit der Unzulässigkeit freier Stellvertretung im römischen Recht nicht vertragen hätte. Weil nach dieser Ansicht für den Gläubiger ein neues Recht nicht begründet wird, hat er auch kein Rechtsmittel zur Rückforderung rechtswidrig entzogener Pfandobjekte oder zur selbständigen Geltendmachung einer bevorzugten Befriedigung.

Auch Windscheid spricht dem betreibenden Gläubiger ein Pfandrecht am Exekutionsobjekt ab, ebenso Olshausen, mit der besonderen Begründung, dass das wahre Pfandrecht die Sicherung einer Forderung bezwecke, während das pignus in causa judicati captum zur Sicherung der Durchführung der Zwangsvollstreckung, insofern also vor allem zur Befriedigung des Gläubigers bestimmt sei.

Windscheid, Pand. I. § 233 vgl. auch Rudolph: Zur Lehre vom richterlichen Pfandr. Jher. Jahrb. Bd. 20.

Olshausen lässt für den betreibenden Gläubiger überhaupt kein dingliches Recht an den Immobilien entstehen. Denn da dieser kein Rechtsmittel habe, eine widerrechtlich dem gerichtlichen Wahrsam entzogene Sache zurückzuverlangen, sei ihm jeder unmittelbare Einfluss auf die Sache entzogen.

Olshausen, Einsprüche Dritter, S. 15. vgl. auch Demelius, Pfdr. S. 48.

II a. Wenn wir uns nunmehr dem älteren deutschen Recht zuwenden, so werden wir auch hier allein von dem persönlichen Gläubiger auszugehen haben, da der Pfandgläubiger im älteren deutschen Rechte wie in Rom seine Befriedigung aus dem Grundstück durch Privatverkauf erzielte.

v. Meibom, d. deutsche Pfandr. S. 92.

Die Liegenschaftsvollstreckung, die sich im 8. Jahrhundert entwickelt hatte, zerfiel in zwei Abschnitte:

Brunner, deutsch. Rechtsgesch. 1906 Bd. I S. 236 ff.; Bd. II 1892 S. 457.

Der I. Abschnitt wurde eingeleitet durch die in den fränkischen Rechtsdenkmälern sogen. missio in forbanum, die Frohnung. Sie wurde unter bestimmten symbolischen Handlungen vorgenommen und bewirkte eine Beschlagnahme des Grundstücks zugunsten des Gläubigers. Aber sie hatte nur provisorischen Charakter. Dem Besitzer wurde sein Recht am Gut nicht genommen, sondern nur diese Folge in Aussicht gestellt, falls er den Gläubiger nicht befriedigen solle. Dem Gläubiger stand während dieses Abschnittes ein Recht an der Pfandsache nicht zu; durch die Frohnung wurde dem Schuldner nur die Verfügung über das Grundstück entzogen und jede Veräusserung, die er vornahm, war ungültig.

Planck, das deutsch. Gerichtsverf. i. Mittelalter S. 254; v. Meibom, a. a. O. S. 136.

Nach fruchtlosem Ablauf von Jahr und Tag trat die angedrohte Wirkung ein: der betreibende Gläubiger erwarb die Gewere, das Besitzrecht, und zwar mit Verkündung des Urteils, der Geweldigung, welche den Uebergang des Grundstücks an ihn aussprach. Welcher Art aber dieses Besitzrecht war, ist streitig; während die eine Ansicht dahin ging, dass durch die Geweldigung dem Gläubiger Eigentum am Pfande zugesprochen werde, weil für weldigen öfters der Ausdruck eigenen gebraucht wird, erlangte nach anderer Ansicht der Gläubiger ein dingliches Recht an fremder Sache, nämlich dasselbe, das durch die Satzung begründet wurde. Dagegen unterscheidet wohl mit Recht v. Meibom, ob das Verfahren darauf hinausging, das Grundstück dem Gläubiger an zahlungsstatt zu übereignen oder durch Versilberung desselben ihn zu befriedigen. Im ersten Falle sollte er durch die Geweldigung Eigentum erwerben, im zweiten Falle dagegen ein Pfandrecht.

Albrecht, Gewere No. 354a. Albrecht, a. a. O. § 7 S. 37. v. Meibom, a. a. O. S. 141.

b. Nach der Rezeption gestaltete sich die Immobiliarvollstreckung in der Hauptsache nach dem Vorbilde des pignus in causa iudicati captum um. Es wurde nunmehr der persönliche Gläubiger vom Richter in das Grundstück immittiert und erlangte gemäss (der oben behandelten) herrschenden Meinung ein Pfandrecht am Immobile. Was

Martin, Lehrb. d. deutschen gem. bürgerl. Prozesses S. 495.

die in der älteren gemeinrechtlichen Literatur bestrittene Frage betrifft, ob die Immission faktisch oder bloss symbolisch vorzunehmen sei, so sei erwähnt, dass die deutschen Gerichte sich bis zum Ende des 18. Jahrhunderts für die symbolische Immission erklärten, indem hier ein aus dem deutschen Recht stammender Gedanke die Oberhand behielt.

Bayer, Vortr. üb. d. gem. ordentl. Ziv.-P. S. 337.

c. Was besonders die Entwicklung in Preussen anlangt, so fand nach der Prozessordnung vom 26. April 1781 auch hier für den betreibenden Gläubiger eine mit Pfandrechtswirkungen verknüpfte Immission statt. Sie diente zur Einleitung der Sequestration (Zwangsverwaltung) und Subhastation (Zwangsversteigerung). Die Immission verlor diese Bedeutung allerdings durch die allgemeine Gerichtsordnung für die preussischen Staaten von 1793. Auch jetzt noch bestimmte Tit. 24 § 32 Abs. I AGO.: »Auf Antrag des Gläubigers wird derselbe in das Grundstück seines Schuldners immittiert, durch eine anzuordnende Verwaltung werden die Nutzungen erhoben und durch Befriedigung des Gläubigers nach der Anweisung des Gerichts verwandt.« Aber diese Immission begründete kein Pfandrecht mehr. Da auch die §§ 32 Tit. 44 und § 4 Tit. 5 mit der Sequestration oder Subhastation ein Pfandrecht nicht ausdrücklich entstehen liessen, so war es von nun an in Theorie und Praxis streitig, ob und in welcher Weise im Wege der Exekution ein Pfandrecht entstehe. Die Subhastationsverordnung vom 4. März 1834 über die Exekution in Zivilsachen brachte hierin keine wesentliche Aenderung.

vgl. zu dem Folgenden: Dernburg, Pr. Pr. R. Bd. Insbes. § 343 Krech-Fischer S. 121.

Mittermaier, der gem. deutsche bürg. Prozess, Bonn, Bd. 3, § VI, S. 118 ff.

Die Subhastationsordnung vom 15. März 1869, in Kraft seit dem 1. Mai 1869, bestimmte, dass mit der Einleitung der Subhastation eine Beschlagnahme zu Gunsten der Realgläubiger und der Gläubiger, welche die Subhastation beantragt hatten oder ihr beigetreten waren, stattfinde. Dadurch erlangte der betreibende Gläubiger kein Pfandrecht, auch kein Absonderungsrecht im Konkurse. Eine Aenderung brachte das Preussische Gesetz vom 13. Juli 1883. Es unterschied zwischen der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung. Für die letztere erklärte § 143 d. Ges. ausdrücklich, dass mit der Beschlagnahme ein Pfandrecht

an den Einkünften des Grundstücks mit den Wirkungen des Mobiliarpfändungspfandrechts der ZPO. zu Gunsten des betreibenden Gläubigers begründet werde (vgl. insbes. § 16 d. Ges.). Da bezüglich der Zwangsversteigerung eine ähnliche ausdrückliche Vorschrift nicht bestand, so herrschte in Theorie und Praxis des preussischen Rechts ein lebhafter Streit darüber, welcher Natur das Recht sei, das der betreibende Gläubiger durch die mit der Anordnung der Zwangsversteigerung verbundene Beschlagnahme des schuldnerischen Grundstücks erlangt. Aus der allgemeinen Begründung der Motive zum preussischen Zwangsversteigerungsgesetz geht hervor, dass »der Beschlagnahme eines Immobile für einen mit einem Pfandrecht noch nicht versehenen Gläubiger die Wirkungen der Pfandnahme nicht werden versagt werden können.«

Dernburg, a. a. O.

Auf demselben Standpunkt steht Dernburg: »Es erhalten die betreibenden Gläubiger mit der Beschlagnahme ein Pfandrecht, ähnlich wie solches durch die Pfändung beweglicher Sachen entsteht.« Dieselbe Ansicht vertritt auch Küntzel in Gruchots Beiträgen Bd. 28, S. 281 ff.

Krech-Fischer, a. a. O.

Dagegen betont vor allem Krech-Fischer, dass der § 16 des Gesetzes vom 13. Juli 1883, der von der Beschlagnahme handelt, nichts enthalte, was auf ein Pfandrecht des betreibenden Gläubigers schliessen lasse. In demselben Sinne äusserte sich Heidenfeld. Auch das Reichsgericht hat in 2 Entscheidungen diesen Standpunkt eingenommen. Die Gründe für diese Ansicht sind in dem dogmatischen Teil der Arbeit darzulegen, da auch das geltende Gesetz vom 24. März 1897 den Streit, ob ein Pfandrecht begründet wird, oder nicht, durch eine ausdrückliche Bestimmung nicht beendet.

Heidenfeld: Die Zwangsversteigerung v. Grundstücken S. 59. Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. XII S. 263; Bd. XIX, S. 295.

B.

Es gilt nun, vom heutigen Standpunkte die Art des Rechts zu untersuchen, das der betreibende Gläubiger durch die von ihm beantragte Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des dem Schuldner gehörenden Grundstücks erwirbt.

I. Die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung als Formen der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen verfolgen den Zweck, den Gläubiger wegen seiner Geldforderung aus dem Erlöse, bezw. aus den Einkünften des Grundstücks zu befriedigen. Zu den Befriedigungsberechtigten gehören die persönlichen Gläubiger des Grundstückseigentümers, sowie solche Gläubiger, für die ein Recht am Grundstück im Grundbuch eingetragen steht.

Reincke: Die deutsche ZPO. § 866.

Voraussetzung ist in beiden Fällen das Vorhandensein eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels (§ 709 ff. und § 864 ZPO.). Dass diese Voraussetzungen auch für die Realisierung dinglicher Rechte an Grundstücken gelten, ergeben die §§ 1147, 1192, 1199 BGB., in welchen auch für die Befriedigung der dinglichen Rechte die Vorschriften der Zwangsvollstreckung für massgebend erklärt sind.

Die Rechtsstellung der dinglichen Gläubiger kann für unsere Darstellung, die sich mit der Frage beschäftigt, welches Recht der Gläubiger durch Einleitung des Verfahrens erwirbt, ausser Betracht bleiben, wenn auch anzuerkennen ist, dass sich die Rechtslage der eingetragenen Berechtigten durch Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung insofern verbessert, als auch für sie die Beschlagnahme die Wirkung eines Veräusserungsverbots hervorbringt.

Den dinglichen Rechten wohnt an sich schon die Bedeutung inne, dass sie aus dem Grundstück an bestimmter Stelle befriedigt werden; es braucht für sie durch die Beschlagnahme ein solches Recht nicht erst geschaffen zu werden. Aus der Tatsache, dass diese Rechte schon von vornherein Befriedigung aus dem Grundstück bieten, ergibt sich allerdings in vielen Beziehungen eine bevorzugte Stellung des betreibenden Realgläubigers vor dem betreibenden Personalgläubiger. So können eingetragene Gläubiger auch während des Konkurses des Eigentümers die abgesonderte Befriedigung durch Zwangsversteigerung in das Grundstück herbeiführen, so hat, wenn die Zwangsversteigerung wegen eines dinglichen Anspruches angeordnet wird, eine nach der Beschlagnahme bewirkte Veräusserung des Grundstücks auf den Fortgang des Verfahrens gegen den Schuldner keinen Einfluss. Trotz-

Dernburg, Preuss. Hypothekenr. § 21, S. 151; Fischer-Schäfer Komm. § 23, N. V.

dem müssen wir bei der folgenden Darstellung von dem persönlichen Gläubiger ausgehen, da nur bei ihm die Natur des aus der Beschlagnahme erworbenen Rechts deutlich in die Erscheinung tritt.

Eine getrennte Behandlung der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung dürfte sich für die Behandlung der Aufgabe nicht empfehlen, weil die hier behandelte Kardinalfrage, welcher Art das dem betreibenden Gläubiger aus der Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung erwachsene Recht ist, für beide Verfahrensarten aus demselben rechtlichen Gesichtspunkte gewürdigt werden muss.

Beide Vollstreckungsmassregeln bezwecken die Befriedigung des betreibenden Gläubigers aus dem Grundstück, nur die Mittel hierzu sind verschiedene. Aus dieser Verschiedenheit ergeben sich gewisse Abweichungen der beiden Verfahrensarten, die an entsprechender Stelle berücksichtigt werden sollen.

Jäckel (Güthe) § 146 N. I.

Das Gesetz selbst hat bei der Regelung der Zwangsverwaltung die Vorschriften über die Wirkungen der Beschlagnahme bei der Zwangsversteigerung für anwendbar erklärt (§§ 146, 151 ZVG.).

Dernburg, Sachenr. § 262 a II.

II. Während die Denkschrift zum Entwurf eines Gesetzes betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen besagte, dass der betreibende Gläubiger durch die Beschlagnahme ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück erlange, wie wenn für ihn eine Hypothek an der letzten, in diesem Zeitpunkte freien Stelle des Grundbuchs eingetragen wäre, und dass das hiermit gewährte Vorzugsrecht dem Pfändungspfandrecht bei Mobilien entspreche, gibt das geltende Gesetz überhaupt keine positive Bestimmung über die Natur des dem betreibenden Gläubiger aus der Beschlagnahme erwachsenden Rechtes. Um zur Beantwortung der vorliegenden Frage zu gelangen, ist es nötig zunächst festzustellen, welche Folgen das Gesetz durch positive Bestimmung an die Beschlagnahme knüpft.

Denkschrift.

a. Die Wirkungen, welche durch die Anordnung der Zwangsversteigerung bezw. Zwangsverwaltung entstehen, lassen sich in zwei Abteilungen scheiden. Die eine Art

dieser Wirkungen bezweckt, die Rechtsverhältnisse am Grundstück in einer bestimmten Weise zu Gunsten des seine Befriedigung suchenden Gläubigers festzulegen, die anderen gehen darauf hinaus, ihm bei dieser Befriedigung und bei der endlichen Verteilung des durch die Zwangsvollstreckung erzielten Erlöses ein Vorzugsrecht, d. h. eine bestimmte Reihenfolge unter den sämtlichen, an dem Grundstück berechtigten Gläubigern zu sichern. Letzteres dem gemeinen, preussischen und geltenden Rechte zu Grunde liegende Prinzip wird von Menger als das Prinzip der beschränkten Ausschlussexekution bezeichnet.

Menger, Beitr. z. Lehre v. d. Exekution, Arch. f. ziv. Pr. Bd. LV. S. 371 ff.

Den ersten Zweck sucht das geltende Recht auf folgende Weise zu erreichen. Es bestimmt, dass der Beschluss, der die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung anordnet, nach § 20 Abs. 1 ZVG. ohne weiteres als Beschlagnahme des Grundstücks gilt. Diese umfasst nach § 20 Abs. 2 diejenigen Gegenstände, auf welche sich bei Grundstücken gemäss den §§ 1120—1124 BGB. die Hypothek erstreckt. § 21 des Gesetzes schränkt aber den Umfang der Beschlagnahme für die Zwangsversteigerung insofern ein, als die Beschlagnahme die Miet- und Pachtzinsforderungen, sowie Ansprüche aus einem mit dem Eigentume am Grundstück verbundenen Recht überhaupt nicht, und gewisse Erzeugnisse des Grundstücks nur dann umfasst, soweit sie mit dem Boden verbunden, oder Grundstückszubehör sind. Im Falle der Zwangsverwaltung geht die Beschlagnahme noch weiter als bei der Zwangsversteigerung (§ 148 Abs. 1).

Hier erstreckt sich die Beschlagnahme auf sämtliche Einkünfte des Grundstücks. Im übrigen sind die Rechtswirkungen dieselben, wie die der Beschlagnahme der Zwangsversteigerung.

Die Beschlagnahme hat die Wirkung eines relativen Veräusserungsverbots § 136 BGB. (§ 23 Abs. 1 ZVG.) Sie wirkt zu Gunsten des betreibenden Gläubigers und zwar in der Weise, dass Verfügungen des Schuldners, die seine Befriedigung vereiteln könnten, ihm gegenüber unwirksam sind; ihre Wirksamkeit tritt mit der Zustellung des die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung anordnenden

Goldmann-Lilienthal, Komm. § 136, S. 176.

Beschlusses an den Schuldner ein, jedoch schon vor diesem Zeitpunkte sichert das Recht den Gläubiger, der seine Befriedigung aus dem Grundstück suchen will, dadurch, dass es unter Umständen den Schuldner bei verbotswidriger Verfügung, durch welche die Befriedigung des Gläubigers vereitelt werden soll, mit Strafe bedroht (§ 288 StGB.), so z. B. wenn der Schuldner eine der künftigen Beschlagnahme unterliegende bewegliche Sache veräussert.

Entsch. d. RG. in Strafs. Bd. 34, S. 3.

Auch mit dem Eingang des Versteigerungsvermerks beim Grundbuchamt wird die Beschlagnahme wirksam, sofern darauf die Eintragung erfolgt.

Soweit allerdings durch das Veräusserungsverbot die Interessen gut-gläubiger Dritter verletzt werden könnten, hat das Gesetz umfassende Schutzmassregeln zu Gunsten dieser Personen aufgestellt, auf die hier nicht näher einzugehen ist.

Jedenfalls ergibt sich aus dem Gesagten, dass das private, wie das öffentliche Recht, soweit es sich mit den Interessen Dritter vereinigen lässt, bemüht ist, das Grundstück zu Gunsten des betreibenden Gläubigers in dem Zustand, welchen es bei der Anordnung der Exekution hatte, zu erhalten.

b. Das zweite Ziel, dem betreibenden Gläubiger ein sogen. Vorzugsrecht bei der Befriedigung aus dem Grundstück zu sichern, sucht das Gesetz dadurch zu erreichen, dass es dem Gläubiger mit der Beschlagnahme ein Recht auf Befriedigung aus dem Erlös der Immobiliarmasse nach der gesetzlich festgelegten Rangordnung des § 10 ZVG. in der 5. Rangklasse gewährt. Er steht somit zwar den zur Zeit der Beschlagnahme am Grundstück bestehenden dinglichen Rechten nach (§ 10 Not. 4 ZVG.) geht aber allen Rechten vor, die nach Eintragung des Versteigerungsvermerks, bezw. nach Wirksamwerden der Beschlagnahme eingetragen werden, in letztem Falle nur, sofern auf den eingetragenen Gläubiger nicht die Vorschriften zum Schutz des guten Glaubens Anwendung finden.

Fischer-Schäfer, § 23 Nr. 5.

Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. III, S. 745.

Hieraus ergibt sich, dass das Recht ihm dieselbe Stellung gewährt, »wie wenn für ihn eine Hypothek an letzter Stelle im Grundbuch eingetragen wäre«. Betreiben mehrere

Denkschr. a.a.O.

persönliche Gläubiger die Zwangsvollstreckung in das Grundstück, so geht derjenige vor, für welchen die Beschlagnahme zuerst erfolgt ist (§ 11 Abs. 2 ZVG.).

Endlich erlangt der Beschlagnahmegläubiger, gemäss § 47 KO. (vgl. § 13 KO.) ein Recht auf abgesonderte Befriedigung im Konkurse gegenüber dem Konkursgläubiger.

Fischer-Schäfer, § 23 Nr. 5.

III. Aus den oben unter II geschilderten durch die Anordnung der Immobiliarvollstreckung erzeugten Wirkungen wird unter gleichzeitiger Berücksichtigung der geschichtlichen Grundlagen des heutigen Rechtes zu folgern sein, welcher Art das Recht ist, das dem betreibenden Gläubiger aus der Beschlagnahme erwächst.

Dass überhaupt ein solches Recht entsteht, ergeben schon diese starken Rechtswirkungen. Mit ihnen tritt zu der bisher vorhandenen privatrechtlichen, sei es persönlichen, sei es dinglichen Forderung etwas völlig neues hinzu, eben das aus der Beschlagnahme erwachsende Recht, von Verschiedenen, z. B. von Ohmeyer, Befriedigungsrecht genannt. Es geht daher nicht an, lediglich zu sagen, die Forderung wegen deren die Mobiliarvollstreckung betrieben wird, sei lediglich durch die Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung in ein neues Stadium getreten und die Entstehung eines neuen Rechtes schlechthin zu leugnen; nicht nur die oben unter II geschilderten, mit dinglicher Kraft auftretenden Wirkungen der Beschlagnahme sprechen mit Deutlichkeit für das Gegenteil, vielmehr sind auch diese Wirkungen und damit das »Befriedigungsrecht« in gewissem Umfange geradezu unabhängig von der Forderung, um derentwillen die Zwangvollstreckung betrieben wird. Wenn z. B. nach Anordnung der Beschlagnahme der Vollstreckungsschuldner die Forderung bezahlt oder dieselbe durch Vergleich oder Aufrechnung ganz oder teilweise getilgt wird, so erlöschen zugleich mit der Forderung nicht etwa die durch die Beschlagnahme erzeugten Rechtswirkungen, d. h. also das »Befriedigungsrecht«, vielmehr bleiben diese Wirkungen und damit das »Befriedigungsrecht« vollgültig bestehen, bis entweder der Gläubiger selbst Aufhebung oder Einstellung dsr Vollstreckung beantragt oder bis der Schuldner im Wege

Ohmeyer, Die juristische Natur d. Befriedigungsrechts, Grünhuts Zeitschrift Bd. 32.

der Klage nach § 767 ZPO. (und der damit zusammenhängenden in § 769 gewährten Rechtsbehelfe) seine Einwendungen geltend macht. Dieses Bestehen der Beschlagnahmewirkungen nach Erlöschen der zu Grunde liegenden Forderung lässt unabweisbar auf das Vorhandensein eines durch die Beschlagnahme erzeugten, zu der Vollstreckungsforderung hinzugetretenen Rechtes schliessen.

Dernburg, Sachenr. S. 736.

Hierbei ist ohne Weiteres klar, dass man zu einer verschiedenen Beurteilung der Natur dieses Rechts gelangen wird, je nachdem man das Hauptgewicht auf die zweifellos pfandrechtsähnliche Verhaftung des Grundstücks legen oder mehr die Zugehörigkeit der Beschlagnahme zu den Normen des Vollstreckungsverfahrens, also ihre prozessuale Seite betonen wird.

a. Das aus der Beschlagnahme fliessende Befriedigungsrecht des betreibenden Gläubigers erweckte schon, wie oben unter A dargelegt, in der Literatur des bisherigen römischen und preussischen Rechts den Eindruck, als handele es sich hier um ein dem Pfändungspfandrecht analoges Recht des betreibenden Gläubigers und da das sogen. Pfändungspfandrecht der ZPO. (§ 804) von der herrschenden Meinung von jeher als wirkliches Pfandrecht aufgefasst wurde, erklärt es sich, dass eine Reihe von Schriftstellern, wie erwähnt, auch das aus der Beschlagnahme entstandene Recht des betreibenden Gläubigers als wahres Pfandrecht auffassten. So sagt Förster: »Die Wirkungen, die das Gesetz an die Beschlagnahme knüpft, sind in der Tat die eines Pfandrechts, aber eines ebensolchen Pfandrechts wie das, welches nach der reichsgesetzlichen Regelung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen durch Pfändung entsteht, d. h. eines Pfandrechts, das nicht auf dauernden Bestand berechnet ist, sondern nach der öffentlich-rechtlichen Ordnung im unmittelbaren Ausschluss an seine Begründung durch Verkauf realisiert werden oder aufgegeben werden muss.« Bezüglich des neueren Rechts vertritt diesen Standpunkt u. A. Schmidt: »Beschlagnahmebeschluss und Zulassungsbeschlüsse haben die gleiche Bedeutung wie die Pfändung und Anschlusspfändung der beweglichen Sache.

Gaupp-Stein, II § 803II; Struckmann-Koch, § 804, S. 195; Seuffert, Komm. § 804III; Cosack, Lehrb. d. bürgerl. Rechts, S. 311; Crome, Syst. d. deutsch. bürgerl. Recht Bd. III § 505I. Förster-Eccius, Pr. Pr. S. 494.

Schmidt, Lehrb. d. deutsch Zivil-Prozesses § 151, S. 989.

Sie entsprechen der Pfändung der Zivilprozessordnung auch in der Wirkung, insofern sie für jeden Gläubiger ein Pfändungspfandrecht, d. h. ein dem später beitretenden Gläubiger vorgehendes Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück begründen;« und in Anm. 1 zu § 151: »Es liegt kein Grund vor, für dieses Befriedigungsrecht in der Grundstücksvollstreckung einen besonderen Namen (Beschlagsrecht) zu erfinden.«

Um dieser Frage in vollem Umfange gerecht zu werden, seien zunächst die Begriffsmerkmale des Pfandrechts in grossen Umrissen dargestellt.

Der Kampf um die juristische Konstruktion des Pfandrechts, der sich seit den Tagen der grossen römischen Juristen wie ein roter Faden durch die Litteratur des gemeinen Rechts zieht und der um die Mitte des vorigen Jahrhunderts mit erneuter Heftigkeit entbrannt war, ist auch heute noch nicht beigelegt. Der Grund für die andauernden Meinungsverschiedenheiten über jenen Begriff liegt einmal in dem inneren Gegensatz des Pfandrechts zu den übrigen dinglichen Rechten, ferner aber in der Mannigfaltigkeit der ihm in letzter Zeit zugewiesenen Objekte, welche die Einheit des Pfandrechtsbegriffs gefährdet.

Immer von neuem taucht vor allem die Frage in der Pfandrechtslitteratur auf: Hat das Pfandrecht den Charakter eines dinglichen Rechts oder ist es ein Privatrecht anderer Art,[1]) etwa ein obligatorisches Recht?

Der Gedanke einer Verwandschaft des Pfandrechts mit der Obligation gründet sich auf die sogen. akzessorische Qualität des Pfandrechts. Jedes Pfandrecht setzt zu seiner Entstehung und grundsätzlich auch zu seinem Fortbestande eine Forderung voraus, zu deren Sicherung es bestimmt ist. Dieser dem gemeinen Recht eigentümliche notwendig akzessorische Charakter des Pfandrechts hat allerdings im modernen Grundstückspfandrecht durch Schaffung selb-

[1]) Demelius, das Pfandr. an bewegl. Sachen, S. 81 f. will das Pfandrecht seiner akzessorischen Natur wegen aus der Reihe der selbständigen Vermögensrechte überhaupt ausscheiden und als ius sui generis betrachtet wissen.

ständiger, von der causa debendi losgelöster Wertrechte, der Grund- und Rentenschuld, aus praktischen Gründen eine Durchbrechung erfahren, ist aber im Mobiliarpfandrecht des heutigen bürgerlichen Rechts erhalten geblieben. Das Pfandrecht soll dem Gläubiger die Befriedigung seiner Forderung sicherstellen. Indem nun ein Vermögensstück zur Sicherung der Forderung verhaftet wird, scheint jenes iuris vinculum, welches den Schuldner an die Person des Gläubigers fesselt, gleichsam auch die Pfandsache zu umschlingen. Von dieser Anschauung ausgehend will Sintenis das Pfandrecht als ein Forderungsrecht gegen den jeweiligen Eigentümer der Sache erklären. Noch weiter gehen Brinz und Vangerow, indem sie die Pfandsache selbst als Schuldner ansehen.

Sintenis, Pfdr. § 2.

Brinz, Pand. I, S. 317 fg.

Vangerow, Pand. § 363.

Für diese Auffassung des Pfandrechts als Realobligation wird als äusserlicher Beweisgrund die Ausdrucksweise der Quellen herangezogen, weil dort an einschlägigen Stellen von obligare, rem pignori vel hypothecae obligare u. s. w. die Rede sei. Dagegen spricht, dass das Pfandrecht in anderen Stellen ausdrücklich unter die iura in re eingereiht ist, z. B. l. 30 D. de noxal. act. 9,4.[1])

Sintenis, Pfdr. S. 9.

Dieser Auffassung des Pfandrechtsbegriffs ist vor allem Dernburg entgegengetreten und hat, gestützt auf die ältere Meinung[2]), das Pfandrecht als ein Recht dinglicher Herrschaft definiert. Nach ihm ist das Obligationenrecht seinem Wesen nach für die Verhältnisse unabhängiger Individuen berechnet. Es wahrt dem Schuldner die persönliche Freiheit und Selbständigkeit und verleiht dem Gläubiger deshalb nur einen Anspruch auf die Leistung, der, falls Schuldner nicht freiwillig zahlt, nur mit Hilfe des Staats durch Vollstreckung in das Vermögen verwirklicht werden kann. Dieses Verhältnis zwischen zwei Personen auf den Fall übertragen, dass dem Gläubiger zu seiner Sicherung eine

Dernburg, Pfdr. § 112, S. 104 fg.

[1]) Ferner l. 19 pr. D. de damno inf 39,2; l. 2 § 22 D. de vi bon. rapt. 47,8.

[2]) T. Antonii Negusantii tractatus de pignor. et hyp. col. 1700, p I, m 1, n 3: Et quia hypotheca constituitur desuper rebus, ideo dicitur ius in re, seu ius reale seu actio realis, quia per illam non obligatur persona debitoris sed res.

Sache angewiesen wird, hiesse, wie Dernburg treffend bemerkt, einer Sache durch Fiktion Individualität beilegen, die sie an sich nicht besizt.

Neben dieser allgemeinen Erwägung sprechen zahlreiche äussere Argumente für die Dinglichkeit des Pfandrechts; so die Tatsache, dass die Quellen die Pfandklage mit der Vindikation des Eigentümers zusammenstellen, z. B. in l 2 pr. C. de quadrien. praescr. 7,37, und, wie bereits erwähnt, das Pfandrecht unter die iura in re einreihen. Ferner ist der Pfandgläubiger nach gemeinem und — jedenfalls beim Mobiliarpfand — auch nach modernem Recht (§ 1228 BGB.) nach eingetretener Fälligkeit aus eigener Machtvollkommenheit zum Verkauf des Objekts und zur Befriedigung aus dem Erlöse berechtigt. Darin liegt unzweifelhaft eine Betätigung seines dinglichen Rechts über die Sache.

Dernburg, Pfdr. § 112.

Dass man das Pfandrecht in seinen sämtlichen Erscheinungen als dingliches Recht an der Sache auffasst, steht nicht im Widerspruch zu dem allgemeinen Begriff des dinglichen Rechts. Das dingliche Recht besteht darin, dass eine Sache unmittelbar der Herrschaft des Subjekts unterworfen ist. Diese Herrschaft äussert sich gewöhnlich in der Weise, dass dem Berechtigten Vorteile aus der physischen Beschaffenheit der Sache zustehen, dass er vor allem zum Gebrauch und Verbrauch der Substanz befugt ist. Hier ergibt sich allerdings eine Abweichung des Pfandrechts von den übrigen dinglichen Rechten insofern, als es nicht wie diese den Gebrauchs- und Nutzungswert, sondern den Substanzwert der Sache, also eine juristische Eigenschaft derselben in Anspruch nimmt. Dies kann aber der dinglichen Natur des Pfandrechts keinen Abbruch tun. Das Merkmal der Unmittelbarkeit der Herrschaft ist ihm ebenso eigen wie den übrigen dinglichen Rechten; nur dass die Art der Beherrschung eine verschiedene ist. Zutreffend bemerkt in dieser Beziehung Dernburg: »Das Pfandrecht ist ein dingliches Recht. Wohl ist es anderer Art als die bisher betrachteten dinglichen Rechte an fremden Sachen; denn nicht auf den physischen Gebrauch und die Gewinnung

Dernburg, Bürg. R. III, § 208, Z. 1.

Pand. Bd. I, § 262. Vgl. auch Förster-Eccius, Pr. Pr.-R. III, § 156, S 9.

des Ertrages zielt es ab, sondern es berechtigt zur Veräusserung der Substanz; zu dem Zwecke aber bindet es die Sache unmittelbar und dauernd und unterwirft sie so der Verfügung des Gläubigers. Darin liegt das Wesen des dinglichen Rechts.«

In der Feststellung, dass das Pfandrecht seinem ganzen Wesen nach den dinglichen Rechten zuzuzählen ist mit der Modifikation, dass der Pfandgläubiger die Pfandsache beherrscht in Richtung auf ihren Substanzwert, ist zugleich zum Ausdruck gebracht, dass der Gläubiger befugt ist, sich durch Veräusserung der Sache aus ihrem Wert zu befriedigen.

Dass diese Befugnis zur Pfandveräusserung wesentlicher Bestandteil des Pfandrechts ist, wird man mit der herrschenden Meinung[1]) bejahen müssen. Von gegnerischer Seite wird demgegenüber eingewendet, dass die meisten Pfandrechte in der Praxis ihren Zweck ohne dieses äusserste Mittel der Pfandveräusserung erreichten. Aber diese Ansicht übersieht, dass gerade die drohende Möglichkeit der Veräusserung die Sicherung schafft, welche für den alleinigen Inhalt jedes Pfandrechts erklärt wird. Dächte man sich die Befugnis zur Veräusserung der Pfandsache — sei es durch Verkauf bei der beweglichen Sache, sei es durch Zwangsversteigerung beim Grundstück, — hinweg, worin sollte nach modernem Recht die Sicherung des Gläubigers gefunden werden? Für das Mobiliarpfandrecht allenfalls in der Entziehung des Gebrauchs durch den Eigentümer. Bei der Hypothek aber würde nach der heutigen Gestaltung der Grundpfandrechte, bei der das Grundstück im unmittelbaren Besitz des Eigentümers bleibt und seine pfandrechtliche Verhaftung lediglich aus dem Grundbuch ersichtlich ist, jeglicher Druck auf den Schuldner zur freiwilligen Befriedigung seines Gläubigers entfallen. Darum kann der Gläubiger der Veräusserungsbefugnis nicht entbehren und darum muss sie als Bestandteil jedes vollkommenen Pfand-

Exner, Kritik d. Pfdr. S. 47. v. Schwind, Wesen u. Inh. d. Pfdr. S. 197 fg.

[1]) Puchta, Pand. §§ 193, 205; Dernburg, Pfdr. I, § 8, S. 84: „Das Verkaufsrecht erscheint als wesentlicher Bestandteil eines jeden ausgebildeten Pfandrechts". Ders. Pand. I, §§ 261, Nr. 2,280; Unger, Oester. Allg. Pr.-R. I, S. 530.

rechts betrachtet werden. Damit soll nicht geleugnet, sondern im Gegenteil betont werden, dass der alleinige Zweck des Pfandrechts die Sicherung des Gläubigers wegen seiner persönlichen Forderung ist.

In dem soeben Ausgeführten ist bereits ein weiteres, dem modernen Recht angehöriges Merkmal des Pfandbegriffs hervorgehoben worden, die Publizität des Pfandrechts. Danach ist zur Begründung und zum Fortbestehen des Mobiliarpfandrechts Pfandbesitz seitens des Gläubigers (§§ 1205, 1253 BGB.), zur Begründung eines Grundpfandrechts die Eintragung im Grundbuch (§ 1115 ff. BGB.) erforderlich.

Wir haben mit unseren bisherigen Ausführungen die Begriffsmerkmale des modernen Pfandrechts festzulegen versucht. Es ist, um es kurz zusammenzufassen, das zur Sicherung einer Forderung dienende dingliche Recht an einer Sache, vermöge dessen sich der Gläubiger wegen seiner Forderung aus der Sache befriedigen kann.

Unsere Untersuchung ist von dem Pfandrecht an körperlichen Sachen ausgegangen und bewegte sich insofern in den Bahnen des römischen Rechts. Dieses hatte sich zunächst mit der Entwicklung des Sachenpfandrechts begnügt. Auch als später gewisse Gruppen von Rechten dem Pfandrechtsbegriff unterstellt wurden, hat es den Begriff nicht entsprechend geändert. Dies musste unbedingt zu einer Unsicherheit der begrifflichen Grundlage des Instituts führen.

Zahlreich sind darum in der gemeinrechtlichen Litteratur die Versuche nach der Schaffung eines einheitlichen Pfandrechtsbegriffs. So liegt nach der einen Ansicht die Einheit im Inhalt des Rechts, nach einer anderen[1]) ist sie inhaltlich und formell vorhanden.

Sohm, Lehre v. subpignus, S. 12 fg.

---

[1]) Windscheid, Pand. I § 227 sieht sie in der Unmittelbarkeit der Verfügung über das Objekt. Noch weiter geht Bremer, das Pfandr. u. die Pfandobjekte, Leipzig 1867: Gegenstand des Pfandrechts könne nur ein Recht sein; auch das sog. Sachenpfandrecht sei in Wahrheit ein Pfandrecht am Eigentum. Pfandrecht sei also allgemein das Recht an einem fremden Vermögensrecht. Dagegen mit Recht Keller, Pand. 2. Aufl. S. 423, Exner, Kritik d. Pfdr. S. 9, Dernburg, Pand. I, § 293.

Wir glauben eine ausführliche Behandlung dieser Frage zurückstellen zu müssen, da sich unsere Untersuchung auf die Natur des Befriedigungsrechts in der Liegenschaftsvollstreckung bezieht und als Gegenstand dieses Rechts ausschliesslich Grundstücke, also körperliche Sachen, in Betracht kommen. Lediglich, um die Darstellung des Pfandsystems nicht unvollständig zu lassen, sei mit wenigen Worten zu dem Problem Stellung genommen.

Der Gedanke, dass es ausser dem Sachenpfandrecht auch ein Pfandrecht an unkörperlichen Objekten, also an Rechten, insbesondere an Forderungen, gebe, führt notgedrungen zu der Anerkennung eines Rechts am Rechte. Wie bedenklich es aber ist, diesem Begriff Existenz zuzusprechen, ergibt sich aus der Erkenntnis des Wesens des subjektiven Rechts. Definiert man nämlich das subjektive Recht richtigerweise als eine Willensmacht, als eine »ideelle Beziehung des willensbegabten Subjekts zu ihrem Objekt«, so kann man sich unmöglich diese ideelle Beziehung selbst wieder als Gegenstand einer Herrschaft denken, etwa in der Art, dass sie von ihren Beziehungspunkten losgelöst und objektiviert würde. Es kann somit keine dinglichen Rechte an Rechten geben; wenn man daher überhaupt von Pfandrechten an Rechten sprechen will, so können sie jedenfalls keine dinglichen Rechte sein. Dass aber jedes Pfandrecht nur als dingliches Recht aufgefasst werden kann, glauben wir schon vorher nachgewiesen zu haben.

Exner, Kritik d. Pfdr. S. 16 fg.

Alle jene Fälle, welche unter dem Namen »Pfandrecht an Rechten« zusammengefasst werden, sind lediglich zu verstehen als Rechtsformen selbständiger Natur, welche durch Zusatzbestimmungen zu einem Rechtsgeschäfte denselben Zwecken dienstbar gemacht werden wie das wahre Pfandrecht. Es sind Rechte aus Deckungsgeschäften, oder, um mit Dernburg zu reden, Pfandrechte im weiteren Sinne, charakterisiert durch ihren Zweck, die Anweisung von Vermögensbestandteilen des Schuldners zur Sicherstellung einer Forderung. Am deutlichsten aber verkörpert sich dieser Zweck in der Form der Verpfändung körperlicher Sachen, die als ein eigentümliches, nur den Verpfändungs-

Pand. I, § 261, N. 2.

zwecken dienendes Institut erscheint. Sie erzeugt das von Dernburg sogenannte Pfandrecht im engeren Sinne, welches wir oben dargestellt haben.

Pfandr. I, § 10, S. 96 fg.

2. Wenden wir nun das soeben gewonnene Ergebnis auf das Pfändungspfandrecht der Zivilprozessordnung an. Kann die Analogie dieses Rechtsinstituts mit dem Pfandrecht des bürgerlichen Rechts zum Beweise der Pfandrechtsnatur des aus der Beschlagnahme entstehenden Befriedigungsrechts herangezogen werden? Wir müssen die Frage verneinen, weil das sog. Pfändungspfandrecht kein Pfandrecht ist, wie im Gegensatz zur herrschenden Meinung angenommen wird.

vgl. zum Folgenden Krech-Fischer, § 143.

Hierfür sind folgende Erwägungen massgebend. § 804 ZPO. bestimmt: »Durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande. — Das Pfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältnis zu anderen Gläubigern dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht.« Ferner bestimmt § 808, Z. 1 ZPO.: »Die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen wird dadurch bewirkt, dass der Gerichtsvollzieher dieselben in Besitz nimmt.« In der Begründung des Entwurfes zur Zivilprozessordnung wird hierzu ausgeführt, die Wirkung der Pfändung auf die Gewährung eines Vorzugsrechts zu beschränken, erscheine nicht empfehlenswert, weil auf diesem Wege der pfändende Gläubiger nicht erfolgreich geschützt werde, abgesehen davon, dass man auf den grossen Vorteil verzichten müsste, zu einfachen, klaren Rechtssätzen zu gelangen. Sehen wir umgekehrt einmal von der Frage ab, ob die Pfandrechtsform das einzig wirksame Schutzmittel für den Gläubiger bedeutet und fragen wir uns zunächst, ob wirklich die Unterordnung des sog. Pfändungspfandrechts unter den allgemeinen Pfandbegriff die von den Motiven betonte Vereinfachung der Rechtssätze herbeizuführen imstande ist.

Hahn-Mugdan, Mat. Bd. II, Abt. I, S. 450.

Wir müssen die Frage in verneinendem Sinne beantworten, da das Pfändungspfandrecht schon hinsichtlich der Art seiner Begründung zu dem unserem heutigen Vertragspfandrecht eigentümlichen Publizitätsprinzip in unlöslichem

Widerspruch steht. Aus § 804 i. Verb. mit § 808, Z. 1 ZPO. folgert die herrschende Meinung, dass der Gläubiger den Pfandbesitz habe; zwar dürfe er ihn nach dem Gesetz nicht selbst ausüben, doch werde er darin vom Gerichtsvollzieher vertreten. Das Verhältnis zwischen beiden stelle sich als Mandat gemäss bürgerlichem Rechte dar.

v. Glasenapp in Gruchot, Bd. 24, S. 248 fg. Seuffert, CPO. S. 741. Koch, Recht d. Forderungen, 859, III, S. 820 RG. Bd. 16, S. 396. Struckmann-Koch, Komm. § 753. Gaupp-Stein, Komm. II, Vorb. z. § 704. Voss in Gruchots Btr. Bd. 23, S. 240 ff.

Demgegenüber muss betont werden, dass der Charakter des Gerichtsvollzieheramtes ein ausschliesslich öffentlich-rechtlicher ist, dass der Vollstreckungsbeamte weder im Interesse des Gläubigers noch etwa des Schuldners handelt, sondern lediglich als Organ der Staatsgewalt zur Erhaltung der Rechtsordnung tätig wird. Anderenfalls würde uns eine Reihe von Sonderbestimmungen unverständlich bleiben. So steht dem Schuldner gegen vorschriftswidrige Pfändung von Sachen kein Interdikt in privatrechtlichem Sinne, sondern der eigenartige Rechtsbehelf aus § 766 ZPO. zur Seite. Dem Gerichtsvollzieher ist der Besitz der Sache nicht durch Besitzklagen, sondern durch Mittel der öffentlichen Gewalt gewährleistet. Weiter darf der Gerichtsvollzieher nach § 817², ZPO. nur gegen Barzahlung versteigern. Erlangt der Ersteher den Besitz der Sache und leistet die Zahlung nicht, so bleibt dem Vollstreckungsbeamten nichts übrig, als die Sache dem Ersteher zwecks abermaliger Versteigerung wegzunehmen.

Es kann also im Wege der Pfändung ein dem Vertragspfandrecht gleichgeartetes Recht nicht begründet werden, weil die nach heutigem Recht zur Entsstehung des Faustpfandes unerlässliche Besitzübertragung fehlt.

Als weiteres Argument gegen die Pfandrechtsnatur wird angeführt, dass niemand den Faustpfandgläubiger zur Ausübung seiner Rechte zwingen könnte, dass dagegen der Gläubiger, der bereits gepfändete Sachen pfänden lasse, auch gegen den Willen des ersten Pfändungsgläubigers die Pfändung durchsetzen könne. (So sagt Krech-Fischer:) »Das in § 709 ZPO. gegebene Pfandrecht ist kein wahres Pfandrecht im privatrechtlichen Sinne. Es ist ein im Interesse des Rechtsschutzes geschaffenes, also auf prozessualischem Boden entstandenes und zunächst nur für prozessualische

Krech-Fischer, § 143, Nr. 6, S. 609.

Zwecke bestimmtes Institut. § 709 sagt deshalb nicht, dass das Pfändungspfandrecht ein Faustpfandrecht im Sinne des Privatrechts sei, sondern nur, dass dasselbe im Verhältnis zu anderen Gläubigern dieselben Rechte, wie ein solches gewähre.«

Aber selbst, wenn es scheinen könnte, als ob die Analogie mit dem Pfändungspfandrecht wirklich geeignet sei, dem Beschlagnahmerecht des betreibenden Gläubigers pfandrechtlichen Charakter zuzusprechen, so sprechen doch unabhängig hiervon schwerwiegende Argumente gegen die Natur des Beschlagnahmerechts als eines Pfandrechts.

Fischer-Henle, Vorbem. vor § 1113.

Zunächst weist schon der Umstand, dass die ZPO. (§ 866) als besondere Massregeln der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung einerseits, die Sicherungshypothek andererseits erwähnt, und dass der Gläubiger die Möglichkeit hat, alle drei Massregeln neben einander zu ergreifen, darauf hin, dass nach der ratio legis zwar durch die Eintragung der Zwangshypothek, nicht aber durch die Anordnung der beiden anderen Vollstreckungsmassregeln ein Pfandrecht am Grundstück geschaffen würde. Man würde sonst zu dem merkwürdigen Ergebnis gelangen, dass der Gläubiger, welcher alle drei Hilfsmittel in Anspruch nimmt, drei besondere Pfandrechte an dem Grundstück erwirbt. Allerdings wird man aus dieser Benennung allein als aus einem äusserlichen Umstand einen zwingenden Grund für die Ablehnung der Pfandrechtsnatur nicht herleiten können, sofern nicht noch andere Argumente, insbesondere der materielle Inhalt des entstehenden Rechtes dagegen sprechen.

Das Pfandrecht ist, wie oben ausgeführt, von der modernen Gesetzgebung als ein Mittel des Realkredits ausgestattet worden. Aus diesem Zwecke erklären sich seine eigentümlichen juristischen Merkmale, wie das Publizitätsprinzip oder bei Grundstücken das Institut der Eigentümerhypothek. In hervorragendem Masse zeigt sich diese Zweckbestimmung beim Immobiliarpfandrecht. Betrachten wir nun das Recht, das der betreibende Gläubiger durch die Beschlagnahme erwirkt, so sehen wir, dass dieses Recht

allerdings inhaltlich mit der Hauptform der Grundstückspfandrechte, der Hypothek, identisch ist, insofern, als beide Rechte in gewissem Sinne eine Sicherung des Gläubigers für seine persönliche Forderung bieten. Aber während bei dem Pfandrecht der Sicherungszweck im Vordergrund steht, und für den Regelfall, dass der Schuldner die gesicherte Forderung befriedigt, eine Realisierung des dinglichen Rechtes nicht eintritt, steht bei dem durch die Beschlagnahme erwachsenden Rechte der Realisierungszweck im Vordergrunde, während es zur Sicherung nur im geringen Umfange und nur für kurze Zeit dient.

Demelius, Das Pfandr. an bewegl. Sachen nach österreich. bürgerl. Recht, S. 48 ff.

Die oben unter II geschilderten Wirkungen, welche dieser Sicherung dienen, sind im Grunde genommen, lediglich deshalb geschaffen, weil es, soweit die Zwangsversteigerung in Frage steht, aus tatsächlichen und wirtschaftlichen Gründen untunlich erscheint, unmittelbar nach der Beschlagnahme das Grundstück zu versteigern. Die genannten Wirkungen haben somit hauptsächlich den Zweck, dem Gläubiger den Vorteil zu verschaffen, dass ihm das Grundstück in seinem zur Zeit der Beschlagnahme vorhandenen Zustande auch zur Zeit des etwa später erfolgenden Verkaufs zu seinen Gunsten erhalten bleibt. Also ist hier der Sicherungszweck lediglich als Hilfsmittel des Realisierungszweckes anzusehen.

Dass der Sicherungszweck des Grundstückspfandrechts von ganz anderer, selbständiger und auf die Dauer berechneter Natur ist, dürfte ohne Weiteres klar sein. Mit dieser begrifflichen Verschiedenheit stimmt es überein, dass naturgemäss von einer selbständigen Uebertragbarkeit und Belastbarkeit des aus der Beschlagnahme erwachsenden Rechtes nicht die Rede sein kann. Während also die Grundstückspfandrechte heute ein Mittel des Realkredits sind, ist das Beschlagnahmerecht des Gläubigers eng verknüpft mit dem Vollstreckungsverfahren. Es kommt zur Entstehung mit der Anordnung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung und endigt notwendig mit der völligen Durchführung dieser Verfahren oder mit deren Aufhebung. Da es nur für die Dauer des Verfahrens besteht, so erzeugt es auch keine Wirkungen, die über dessen Dauer hinaus-

Gierke, D. Priv.-R. 1905, Bd. II S. 851.

gehen. Wollte man wirklich die materiell-rechtlichen Vorschriften der Grundstückspfandrechte auf jenes Recht übertragen, so müsste z. B. im Falle der Rücknahme des Antrags des betreibenden persönlichen Gläubigers dessen Beschlagnahmerecht als Eigentümerhypothek auf den Grundstückseigentümer übergehen, was unerträgliche Folgen für das Rechtsleben mit sich bringen würde. Deshalb muss man die Anwendung materiell-rechtlicher Vorschriften über die Hypothek auf dieses Recht ausschliessen.

Fischer-Schäfer, § 10 Nr. 7.

Auch die Motive zum Entwurf eines Zwangs-Versteigerungsgesetzes erklären, der Entwurf ginge davon aus, »dass die Rechte des Gläubigers aus der Beschlagnahme durch diese mit dem Verfahren, dessen Durchführung der Zweck desselben ist, dergestalt zusammenhängen, dass sie mit dem Verfahren stehen und fallen müssen.«

Vgl. auch Jäckel, 1904 § 23 Nr. 7.

Dass der betreibende Gläubiger durch die Beschlagnahme ein Pfandrecht an dem Grundstück erlange, ist aber auch aus dem weiteren Grunde abzulehnen, weil nach dem geltenden Recht, dem Prinzip der Publizität gemäss, ein Grundstückspfandrecht nur durch eine Eintragung in das Grundbuch entstehen kann, während die Anordnung der Zwangsversteigerung, bezw. der Zwangsverwaltung und die daraus fliessende Beschlagnahme des Grundstücks unabhängig von einer Eintragung im Grundbuch bewirkt wird. Nach § 22 des Zwangsversteigerungsgesetzes wird die Beschlagnahme des Grundstücks mit dem Zeitpunkt wirksam, in welchem der die Versteigerung anordnende Beschluss dem Schuldner zugestellt wird, ferner aber in dem Zeitpunkt, in dem das Ersuchen um Eintragung des Zwangsversteigerungs- bezw. Zwangsverwaltungsvermerks dem Grundbuchamt zugeht, sofern darauf die Eintragung in das Grundbuch erfolgt (vgl. § 22 Abs. 1 insbes. S. 2). Nur um den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu Gunsten des betreibenden Gläubigers gegenüber Dritten zu vernichten, bestimmt § 19 ZVG., dass das Gericht zugleich mit der Anordnung der Zwangsversteigerung das Grundbuchamt um Eintragung dieser Anordnung in das Grundbuch zu ersuchen habe.

Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. III § 255, S. 847. Vergl. Mot. z. Entw. d. ZVG. S. 889, S. 144.

Vgl. Jäckel (Güthe), Komm. § 19, zu Nr. 4.

Diese Vorschriften finden nach § 147 ZVG. auf die Zwangsverwaltung Anwendung, nur dass hierbei die Beschlagnahme auch mit der Inbesitznahme des Grundstücks durch den vom Vollstreckungsgericht bestellten Verwalter wirksam wird.

Die Eintragung des Vermerks erfolgt ferner nicht wie bei Eintragung der Grundstückspfandrechte in der dritten, sondern in der zweiten Abteilung des Grundbuchblattes (vgl. hierzu § 11 d. preuss. allgem. Verfügung zur Ausführung der Grundbuchordnung vom 20. November 1899).

Die Beschlagnahme erlischt endlich nicht mit der Löschung des Vermerks im Grundbuche, sondern bereits mit der Aufhebung des Verfahrens oder der Rücknahme des Antrages, während alle sonstigen im Grundbuche eingetragenen dinglichen Rechte erst mit der ordnungsmässigen Löschung untergehen (vgl. § 875 BGB.).

Hätte nach alledem das Recht des betreibenden Gläubigers ein Pfandrecht sein sollen, so wäre zum mindesten eine positive Bestimmung hierüber nötig gewesen. Diese ist jedoch nicht erfolgt.

Rechtspr. d. OLG. IV S. 375. Ferner Mot. z. Zwangsversteigerungsges. § 9 S. 94, RG., Bd. 19, S. 301. Weismann, Lehrb. II S. 158.

Kann man somit das Beschlagnahmerecht nicht als Pfandrecht anerkennen, so wird doch vielfach versucht, ihm wenigstens dinglichen Charakter zuzusprechen. So behauptet Weismann, die Beschlagnahme begründe »zwar keine Hypothek, aber doch ein Recht am Grundstück, das man als Beschlagsrecht bezeichnen könne.« Unter »Recht am Grundstück« will er offenbar doch ein dingliches Recht verstanden wissen. Denselben Standpunkt nimmt anscheinend auch Jäger ein: »Aehnlich wie dem Pfändungspfandgläubiger gewährt das Gesetz dem Beschlagnahmegläubiger ein Befriedigungsrecht mit Absonderungskraft. Als dingliches Recht auf Befriedigung dringt das Beschlagnahmevorrecht im Konkurse durch.«

Jäger, Komm. z. KO. § 13, Anm. 8 u. 9.

Dass diese Frage nicht nur theoretische, sondern auch praktische Bedeutung hat, zeigt folgender Fall: Nach § 75 ZVG. wird das Verfahren eingestellt, wenn nach Beginn der Versteigerung der Schuldner oder ein Dritter, der berechtigt ist, den Gläubiger zu befriedigen, den zur Befriedigung

und Deckung der Kosten erforderlichen Betrag an das Gericht zahlt. Dieser Dritte zur Befriedigung Berechtigte, ist nach § 268 BGB. jeder, der Gefahr läuft durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Grundstücke zu verlieren. Fischer-Henle bemerkt an entsprechender Stelle: »Nach dem Wortlaut »Recht am Grundstücke« ist nur ein dingliches Recht gemeint.« Es sind also zur Ablösung berechtigt alle Realgläubiger und sonstigen dinglich Berechtigten, die nicht mehr unter das geringste Gebot fallen. Spricht man dagegen dem betreibenden Gläubiger ein solches dingliches Recht nicht zu, so ist auch diese Folgerung abzulehnen.

Fischer-Henle, BGB. § 268, Anm. 2.

Wir müssen uns nun aus folgenden Gründen gegen die Entstehung eines dinglichen Rechtes erklären. Zunächst macht schon die nähere Bestimmung des Inhaltes eines solchen Rechts Schwierigkeiten. Man könnte es etwa definieren als das durch die Beschlagnahme erwachsende dingliche Recht an dem Vollstreckungsgrundstück, aus dem zu erwartenden Erlöse oder aus den Früchten und Einkünften (bei der Zwangsverwaltung) für eine bestimmte Forderung Befriedigung zu erhalten. Hiermit würde aber in den Kreis der nach BGB. geschlossenen Anzahl der dinglichen Rechte ein neues einrücken. Haben wir aber soeben das Bestehen eines Pfandrechts abgelehnt, so kommt ein anderes dingliches Recht für uns nicht mehr in Betracht.

Jäckel, § 75 Nr. 2; Fischer-Schäfer § 75 Nr. 2b; Wolff, § 75 Nr. 2; a. M. Meyerhoff, § 75, Nr. 3; Weismann, II 1905, S. 175. Vgl. d. f. d. österr. R. bei Ohmeyer in Gruchots Zeitschr. Bd. 32, S. 368 angeführten Definitionen.

Als zweites Argument gegen die Dinglichkeit des Rechts ist anzuführen, dass das oben geschilderte Erfordernis der Eintragung für dingliche Rechte an Grundstücken aller Art gilt, das Recht des betreibenden Gläubigers, aber wie vorher ausgeführt, unabhängig von der Eintragung zur Entstehung kommt.[1])

RG. Bd. 19, S. 302. Vgl. zum Bisherigen auch Reinhard, Komm. z. ZVG., § 201.

3. Haben wir nunmehr festgestellt, dass das Befriedigungsrecht des betreibenden Gläubigers sich weder mit den Begriffsmerkmalen des Pfandrechts noch eines

[1]) Hieraus können sich wichtige Folgen ergeben. So wäre z. B., weil der Vermerk selbst kein dingliches Recht am Grundstück begründet auch die Eintragung eines Widerspruchs, die sonst zur Sicherung gegen eingetragene Rechte möglich ist, hier unzulässig. Wolff, Komm. § 19, Anm. 2). Jäckel, § 19, Anm. 4).

sonstigen dinglichen Rechts erklären lässt, so kann auch kein Zweifel darüber obwalten, dass wir mit den vom Gesetz gegebenen Privatrechtsformen die juristische Natur dieses eigenartigen Rechts nicht werden erklären können. Diese Lücke auszufüllen ist nur in der Weise möglich, dass wir auf die allgemeinen Rechtsbegriffe zurückgehen.

Zur Entscheidung der Frage, ob das Befriedigungsrecht überhaupt iuris privati ist, oder ob seine Wurzeln im öffentlichen Recht liegen, kommt es darauf an, das Wesen des Privatrechts und seine begrifflichen Unterschiede vom öffentlichen Recht festzulegen.

Vgl. Jellinek, System der subj. öffentl. Rechte, 1892, S. 57.

α. Das Gesetz gibt uns hierfür keinen genügenden Anhalt, da es die Grenzlinie durch rein positive Bestimmungen zieht, diese Vorschriften selbst aber vielfach lückenhaft sind. Einen gewissen Anhalt gewährt die Verteilung der Gerichtszuständigkeit insofern, als die Streitfälle des Privatrechts grundsätzlich im Wege des Zivilprozesses erledigt werden, während das öffentliche Recht sich in einem anderen, nicht zivilprozessualen Verfahren Geltung verschafft. Diese Verfolgbarkeit im Rechtswege sieht Thon als Kriterium für die Grenzziehung an. Nach ihm gibt das Wesen der Normen selbst für die Abgrenzung keinen Anhalt, weil schliesslich jede Norm den Willen der Rechtsgemeinschaft ausdrücke.

Thon, Rechtsnorm u. subj. Recht, 1878, Bd. III, S. 108, Bd. V, S. 223 fg.

Gegen diese Unterscheidung von privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Normen, die sich auf eine Verschiedenartigkeit der Mittel[1]) gründet, spricht einmal, dass sie lediglich das subjektive Recht berücksichtigt, für die Bestimmung des objektiven Rechts aber versagt; ferner aber, dass das Gesetz häufig keinen Aufschluss darüber gibt, ob ein Anspruch im Wege des Zivilprozesses verfolgbar ist; wird also diese Frage streitig, so bleibt zu ihrer Entscheidung dem Richter nichts übrig, als auf den Inhalt der Norm selbst zurückzugehen.

Bierling, Kritik d. jur. Grundbegriffe, II, Abschn. VII, S. 153 ff., Dernburg, Pand. I § 21, a 4.

[1]) Bierling a. a. O. wendet sich gegen diese Lehre mit der Begründung, sie sei nur „begreiflich vom Standpunkt des einseitigen Praktikers, für den die sekundären Normen wichtiger seien als die primären". Ueber diese negative Feststellung kommt er jedoch nicht hinaus und lässt somit die Frage ungelöst.

Das römische Recht hat uns mit seinem Satze: »Publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet«, bereits die Richtung angezeigt, in der sich unsere Abgrenzung der beiden grossen Gebiete zu bewegen hat. Wir müssen dabei von der Doppelstellung des Menschen in der bürgerlichen Gesellschaft ausgehen. Einerseits ist der Mensch das Glied einer höheren Gemeinschaft, welcher er sich unterordnet und deren Zwecken er dient. Andererseits ist er als freie Persönlichkeit der selbständige Mittelpunkt von Rechtsbeziehungen. Ist demnach für eine Rechtsnorm das Interesse der Gesamtheit massgebend, so gehört sie dem öffentlichen, ist für sie das Interesse des Einzelnen zunächst bestimmend, so gehört sie dem privaten Recht an.

1 1 § 2 D de just. et iure 1,1.

Endemann, Lehrb. d. b. R. I, § 7, Z. 3. Crome, System d. deutsch. b. R. I, § 14.

Allerdings ist mit dieser Unterscheidung eine scharfe Abgrenzung nicht gewonnen, da die Interessensphären des Einzelnen und die der Gesamtheit vielfach ineinander übergehen, aber diese allgemeine Begriffsbestimmung bildet doch das Fundament, auf welches wir zurückgehen müssen, wenn uns die positiven Vorschriften im Stiche lassen.

β. Den objektiven Normen des Privat- und öffentlichen Rechts entsprechen subjektive Berechtigungen. Ihr Wesen ergibt sich aus ihrem Verhältnis zum objektiven Recht. Nach dieser Richtung sei zunächst betont, dass subjektives und objektives Recht in untrennbarem Zusammenhange miteinander stehen. Das eine bildet die Voraussetzung des anderen. Ist nun das objektive Recht Willensabgrenzung, so ist das subjektive Recht eine Betätigung des Einzelwillens innerhalb der von der objektiven Norm gezogenen Grenze, eine Willensmacht des Individuums. Jede Willensmacht muss einen bestimmten Inhalt haben, eine Beziehung zu einem Objekt, welches den Interessen des Subjekts zu dienen hat. Indem Ihering dieses Verhältnis als Interesse bezeichnet, kommt er zu der Definition des subjektiven Rechts als eines rechtlich geschützten Interesses. Eine andere Theorie verlegt den Schwerpunkt des Begriffs des subjektiven Rechts in den Genuss des beherrschten Gutes und kommt damit zu der Begriffsbestimmung des subjektiven Rechts als eines Anteils an den gesellschaftlichen Lebensgütern.

Gierke, a. a. O. S. 252.

Ihering, Geist d. röm. R. III, § 61.

Bes. Dernburg, Pand. I, § 39,1.

Aber beide Definitionen messen dem Willensmoment im Recht eine allzu geringe Bedeutung bei. Allerdings bildet den Inhalt jedes als Rechtsverhältnis anerkannten Willensverhältnisses ein äusseres Lebensinteresse, aber ebenso entschieden muss betont werden, dass das Primäre im subjektiven Recht stets Willensmacht ist.

Gierke, a. a. O. S. 254.

Wir definieren also im Allgemeinen das subjektive Recht als die auf ein bestimmtes Interesse gerichtete rechtliche Willensmacht, mit einem Wort als eine Befugnis. Nun ist aber die Befugnis je nach dem Masse, in dem sie von einem überwiegend öffentlichen oder privaten Interesse geleitet wird, eine Befugnis des subordinierten Individuums gegenüber dem höheren Gemeinwesen oder eine solche gegenüber einer koordinierten Einzelperson. Subjektives Privatrecht ist also eine rechtliche Willensmacht, die das objektive Recht einer Person gegenüber einer anderen wegen eines vorzugsweise privaten Interesses verleiht.

Gierke, a. a. O. S. 255.

Aber diese Begriffsbestimmung des subjektiven Privatrechts bedarf zugleich nach einer Seite hin einer gewissen Einschränkung. Denn mit der vorbehaltlosen Anerkennung, dass alle subjektiven privaten Rechte nur zwischen Person und Person bestehen können, muss das dingliche Recht seinen ursprünglichen Charakter verlieren und einen negativen Inhalt bekommen, etwa den, dass niemand die Interessensphäre des Berechtigten zu stören befugt sei. Folgerichtig müsste dann auch das Eigentum, das positivste Recht, einen negativen Inhalt bekommen. Dem widerspricht aber die geschichtliche Entwicklung. Schon die römischen Quellen haben mit dem Satze »eam rem meam esse ajo« ausgedrückt, dass das Wesen des Eigentums in der substantiellen und totalen Unterwerfung unter die Willensmacht des Subjekts besteht. Auch neuere Kodifikationen haben sich dieser Anschauung angeschlossen, z. B. das sächsische b. GB.[1])

Vgl. auch Hofmann [1]) in: Allg. öst. Ger. Z. 1870, S. 33.

§ 217: Das Eigentum gewährt das Recht der vollständigen und ausschliesslichen Herrschaft über eine Sache.

[1]) Hofmann a. a. O.: „Das dingliche Recht gewährt eine unmittelbare Herrschaft über das Objekt. Zwischen dem herrschenden Subjekt und dem beherrschten Objekt steht kein anderes Subjekt in der Mitte".

Der Satz, dass Objekt des subjektiven Rechts stets nur wieder ein Subjekt sein könne, findet mithin seine Schranke beim dinglichen Recht.

Nachdem wir bisher Begriff und Grenzen des subjektiven Privatrechts zu ermitteln versucht haben, kehren wir zu unserer ursprünglichen Untersuchung zurück. Wir könnten nunmehr das Recht des betreibenden Gläubigers, nachdem wir es aus der Reihe der dinglichen Rechte ausgeschieden haben, definieren als das gegen den Schuldner gerichtete private Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem beschlagnahmten Grundstück. Der Befugnis des Gläubigers auf der einen Seite müsste damit eine Verpflichtung des Schuldners auf der anderen Seite entsprechen; denn wo es sich um rechtlich geordnete Beziehungen von Person zu Person handelt, stehen Befugnisse und Pflichten in untrennbarem Zusammenhange. Gierke, a. a. O. S. 255.

Aber dieser Versuch einer Lösung unseres Problems auf privatrechtlicher Basis muss als unhaltbar bezeichnet werden. Gerade in dieser auf das Gebiet des Exekutionsrechts so vielfach übergreifenden Materie muss ein einseitiges Hervorkehren des privatrechtlichen Standpunktes überhaupt als unangebracht angesehen werden; vielmehr drängt die Erwägung, dass unser Rechtsinstitut ausschliesslich in der prozessualen Sphäre seine Wirkungen entfaltet, zu einer besonderen Berücksichtigung dieses Rechtsgebiets.[1]) Dazu kommen noch besondere Gründe. Schon die äussere Tatsache, dass neben der ursprünglichen Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner auf Erfüllung der Verbindlichkeit ein zweiter, privatrechtlicher Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem beschlagnahmten Grundstück gegeben sein sollte, lässt den eben gezogenen Schluss auf die Natur unseres Rechts bedenklich erscheinen. Die völlige Ueber-

[1]) Mit Recht bemerkt in dieser Hinsicht Demelius a. a. O. S. 36, a. 20: „Es gehört bislang das prozessrechtliche Kapitel von der richterlichen Pfändung noch zu jenen zahlreichen Materien, die sich von einseitiger privatrechtlicher Auffassung keineswegs emanzipiert haben und die deutlich zeigen, wie lange es dauert, bis eine neue Wissenschaft ihren eigenen Boden gewinnt".

zeugung von der Unmöglichkeit dieser Schlussfolgerung aber gewinnen wir erst aus der Betrachtung des Wesens der Exekution. Es sei mit kurzen Worten darauf eingegangen.

Seuffert in Grünh. Ztschr. Bd. 12, S. 618.

In den ältesten Zeiten der Rechtsentwicklung trägt jede Norm und folglich jeder Anspruch in sich die Tendenz nach zwangsweiser Durchsetzung. Der Gläubiger befriedigt sich wegen seines Anspruchs, ohne, dass es der Vermittelung einer höheren Gewalt bedarf, durch Selbsthilfe. Allmählich führt die Entwicklung von der privaten Exekution über die Periode der staatlich kontrollierten Vollstreckung hinweg zur staatlichen Zwangsvollstreckung. Aufgabe des Rechtsstaates ist die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung. Die Selbsthilfe ist eine einseitige Massregel, welche keine Gewähr dafür bietet, dass der Gläubiger sich bei seiner Befriedigung innerhalb der Grenzen seines Rechtes hält. Der Staat allein ist vermöge seiner über den Parteien erhabenen Stellung geeignet, die Vollstreckung in einer für jeden Beteiligten billigen Weise durchzuführen. Darum hat der moderne Staat die Aufgabe des Rechtsschutzes seiner Untertanen in vollstem Umfange übernommen und führt sie durch nicht auf Grund einer Pflicht gegen den Einzelnen, der gerade den Rechtsschutz in Anspruch nimmt, sondern auf Grund der im Wesen des Rechtsstaats wurzelnden Pflicht. Die Zwangsbefugnisse der staatlichen Organe sind nach dem, was über das Wesen öffentlicher Normen bereits ausgeführt ist, öffentlichrechtliche Befugnisse gegenüber dem Verpflichteten. Nach alledem kann also von einer privatrechtlichen Verpflichtung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger keine Rede sein. Damit entfällt aber auch gleichzeitig ein Recht des Gläubigers gegen den Verpflichteten zur Zwangsvollstreckung. Das Gegenteil würde ja gerade verbotene Selbsthilfe bedeuten. Entsteht also durch das Eingreifen der staatlichen Vollstreckungsgewalt kein neues Recht des Gläubigers in der Richtung gegen den Verpflichteten, so kann auch das sog. Befriedigungsrecht des betreibenden Gläubigers kein privates subjektives Recht sein.

Seuffert a. a. O. S. 624.

b. Es bleibt somit nur die Lösung des Problems auf dem Boden des öffentlichen Rechtes übrig.

Die geschichtliche Entwicklung, welche die Zwangsvollstreckung aus den Händen der Privatperson in diejenigen des Staates legte, ist die Ursache, weshalb die heute herrschende Meinung einen öffentlich-rechtlichen Anspruch des Gläubigers gegen den Staat auf Durchführung der Vollstreckung gegen den Schuldner konstruiert. Nichts liegt nach einer solchen Voraussetzung näher, als auch das im Zwangsvollstreckungsverfahren durch die Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung entstehende Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem beschlagnahmten Grundstück als ein öffentliches Recht des betreibenden Gläubigers gegen den Staat anzusehen. Zur Prüfung dieser Frage ist es notwendig, auf die von Wach begründete Theorie vom Rechtsschutzanspruch einzugehen.

1. Nach Wach entspringt aus dem privatrechtlichen Anspruch des Gläubigers ein allgemeiner publizistischer Anspruch gegen den Staat auf Gewährung prozessualischen Rechtsschutzes. Der Staat hat seinerseits dem Rechtsschutzinteresse des Einzelnen verschiedene Formen des Rechtsschutzes zur Verfügung gestellt, denen immer ein spezieller Rechtsschutzanspruch entspricht; daher gibt es nach Wach einen Feststellungsanspruch, Verurteilungsanspruch und weiter auch einen Vollstreckungsanspruch gegen den Staat.

Wach, Handb. d. dtsch. Ziv.-Pr. 1885, Bd. I, S. 13 u. 19f.

Wach, a. a. O. S. 21.

Wach folgend bestimmt auch Hellwig, das von ihm sogen Vollstreckungsrecht als das publizistische Recht gegen den Staat auf Realisierung des privaten Anspruchs im Wege der Zwangsvollstreckung. Damit ist der Anspruch auf Durchführung der Zwangsversteigerung oder Zwangs-Verwaltung inbegriffen; denn Zwangsvollstreckung ist natürlich im weitesten Sinne zu verstehen.

Hellwig, Lehrb. d. dtsch. Ziv.-Proz. I, S. 47.

Aus dieser Theorie folgt, dass alle Rechte, die in Ausführung dieses gegen den Staat gerichteten öffentlichen Rechtes zu Gunsten des betreibenden Gläubigers begründet werden, sich wiederum als öffentliche Rechte darstellen müssten. Demnach müsste vom Standpunkt der Wach'schen und Hellwig'schen Theorie auch das durch Anordnung der Zwangsversteigerung und -Verwaltung für den betreibenden Gläubiger erwachsene Befriedigungsrecht m. E. ein öffent-

liches Recht sein, denn der Staat tritt, wenn er durch seine Gerichte die Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung erlässt, dem Schuldner als Träger der Gerichtshoheit entgegen, nicht aber entsteht zwischen dem Gläubiger und dem Staat ein Privatrechtsverhältnis. Daraus würde zunächst zu folgern sein, dass das durch die Beschlagnahme für den Gläubiger geschaffene Recht ein öffentliches und nicht ein privates Recht ist. Dass dieses Recht notwendig einen prozessualen Charakter trage, wäre damit noch nicht gesagt.[1])

Nun müssen wir aber die Wach'sche Theorie vom Rechtsschutzanspruch als Ausgangspunkt bei der Bestimmung der Art des durch die Beschlagnahme erwachsenden Rechtes ausscheiden, da der Begriff des von ihm geschaffenen Rechtsschutzanspruches unhaltbar erscheint.

Mit Recht wird gegen diese Theorie geltend gemacht, dass der Richter auf Grund öffentlich-rechtlicher Normen verpflichtet sei, unter gewissen Vorraussetzungen und in bestimmten Formen unabhängig vom Dasein eines privaten Anspruches Rechtsschutz zu gewähren. Diese Pflichten der Gerichtsorgane seien öffentlich-rechtliche Pflichten gegen den Staat, der den Zivilprozess geschaffen habe, nicht Pflichten des Staats gegen den Einzelnen. Daher entspricht dieser Pflicht auch nicht ein Recht des Einzelnen gegen den Staat, bezw. gegen seine Organe. »Nichts anderes sind die Ansprüche (Verurteilungsanspruch, Feststellungsanspruch u. s. w.) welche vom Standpunkte der Rechtsschutzanspruchtheorie aus festgestellt werden, als die verschiedenen Formen des Rechtsschutzes, welche das öffentliche Recht ganz allgemein, ohne Rücksicht auf das Dasein konkreter Berechtigungen in das Leben gerufen hat.«

Fischer, Ueber Wachs Handb. Ztschr. f. Ziv.-Pr. Bd. X, S. 429.

[1]) Von der von Kastner vertretenen Theorie aus, dass das Recht des betreibenden Gläubigers in zwei Bestandstücke aufzulösen sei, nämlich 1) „in den Anspruch des Gläubigers gegen den Staat auf gesetzmässige Durchführung der Exekution, 2) in das Gewaltverhältnis des exequierenden Staats an der Liegenschaft", würde man folgerecht vielleicht zu einem ähnlichen Ergebnisse gelangen.

Kastner, Zwangsverwalt.- u. Befriedigungsr. i. d. Allgem. Oesterr. Ger.-Zeitung, 1904, S. 99.

Mit Recht weist auch Kohler, von allgemeinen Gesichtspunkten ausgehend nach, dass weder die Parteien Ansprüche gegen das Gericht noch die Bürger überhaupt solche gegen den Staat »auf Erfüllung seiner staatlichen Aufgabe« haben. Vielmehr dürfe man, wenn man hier überhaupt von einem Anspruche reden wolle, dieses Wort nicht im juristischen Sinne auffassen.«

Kohler, Der Prozess als Rechtsverhältnis, S. 13 ff. Ders. in Grünh. Ztschr. Bd. 14, S. 39.

Auch dies dürfte gegen die Annahme eines öffentlichen Rechtes, insbesondere beim Vollstreckungsanspruch sprechen, dass dieser Anspruch, gleichwie der Gläubiger schliesslich seine Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners erlangt, sich von vornherein allein gegen dieses richtet. Man tut daher dem Rechtsverhältnisse Gewalt an, wenn man hier einen öffentlichen Anspruch gegen den Staat auf Vollstreckung konstruiert. Dieser Anspruch bringt vielmehr lediglich in bestimmten Formen den materiellen Anspruch zur Durchführung und zwar kraft seiner im Wesen des Rechtsstaates wurzelnden Aufgabe.

2. Haben wir also gesehen, dass einmal die aus der Beschlagnahme erwachsenden Rechtswirkungen auf die Entstehung eines besonderen Rechtes hinweisen, dass dieses Recht aber auf privatrechtlichem Gebiete nicht unterzubringen ist, dass insbesondere gegen die Annahme eines dinglichen (Pfandrechtes) Rechtes gewichtige Argumente sprechen und das Recht nur auf öffentlich-rechtlicher Grundlage bestehen kann, so handelt es sich jetzt darum, nachdem wir die Wach'sche Theorie vom Rechtsschutzanspruch als Ausgangspunkt verworfen haben, den Inhalt und die Art des Rechtes näher zu bestimmen.

Dass es sich um ein pfandrechtähnliches Recht handelt, wird sich nicht leugnen lassen, was auch im Laufe der geschichtlichen Entwicklung zur Annahme eines Pfandrechts geführt hat.

Vgl. zu dem Folgenden die Ausführungen bei Fischer-Schäfer, § 23 zu Nr. 7; ferner Jäckel, (Güthe) Anm. 13, zu § 23.

Wie aber schon richtiger Ansicht nach, (wie oben dargelegt) das pignus in causa iudicati captum eine lediglich prozessuale Massregel darstellte, so liegt auch heute keine Veranlassung vor, bei dem durch die Anordnung der Beschlagnahme erwachsende Rechte weiter zu gehen.

Dieses Recht entsteht lediglich in dem prozessualen Verfahren und hat die ausgesprochene Richtung, dem betreibenden Gläubiger eine im einzelnen bestimmte, bevorzugte Stelle gegenüber dem Andringen späterer Gläubiger, sowie hinsichtlich der Erhaltung des Grundstücksbestandes zur Zeit der Beschlagnahme zu sichern. Da der endliche Erfolg für den Gläubiger bei der Zwangsversteigerung die Befriedigung aus dem Erlöse des Grundstücksverkaufs, bei der Zwangsverwaltung die Befriedigung aus dem Erlöse der Grundstückseinkünfte ist, so ergibt sich, dass auch das aus der Beschlagnahme erwachsende Recht im Grunde nichts anderes ist, als ein Vorzugsrecht auf Befriedigung aus diesem Erlöse, bezw. (bei der Zwangsverwaltung) aus diesen Einkünften. Mit Recht sagen die Motive zum Versteigerungsgesetz, dass die Ziele der Beschlagnahme erreicht werden, wenn an sie das Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Grundstück geknüpft wird, und betonen insbesondere, dass die Annahme eines solchen Vorzugsrechtes auch für die Zwangsverwaltung genüge, und dass es nicht nötig ist, noch »ein besonderes, juristisch nicht unbedenkliches Pfandrecht an den Einkünften des Grundstücks zu schaffen.« Geht man also nicht weiter als es die Ziele der Beschlagnahme erfordern, so kommt man zu dem Ergebnis, dass durch sie lediglich ein Vorzugsrecht an dem Erlöse oder den Einkünften des Grundstücks geschaffen wird, ein Vorzugsrecht, welches allerdings mit dem Pfandrecht auch Sicherungszwecke verfolgt und gewisse dingliche Wirkungen mit sich bringt; welches aber dadurch in begrifflichen Gegensatz zur Hypothek tritt, dass die Sicherung lange nicht so weit geht, gegenüber dem Realisierungszweck erst in zweiter Linie in Frage kommt und von vornherein auf eine kurze Dauer berechnet ist.

Es kann ferner im Gegensatz zu dem auf dem Gebiete des Privatrechts wurzelnden Pfandrecht kein Zweifel sein, dass unser Vorzugsrecht[1]) nach seiner Entstehung in dem

[1]) Der Name „Vorzugsrecht“ findet sich von jeher in den Reichsgesetzen, insbesondere erwähnt ihn das Einführungsgesetz zur Konkursordnung in den §§ 11, 12, sowie das BGB. § 401 bei der Uebertragung von Forderung.

prozessualen Verfahren und nach seinem einzigen Zweck, die Durchführung des Vollstreckungsrechtes in einer den Gläubiger genügend sichernden Weise zu ermöglichen, lediglich ein Recht prozessualer Natur ist, welches mit dem Vollstreckungsverfahren steht und fällt.

Wir kommen also ähnlich der von Ohmeyer für das österreichische Recht aufgestellten Definition zu folgender Begriffsbestimmung: Ohmeyer, a. a. O. S. 409.

Das durch die Beschlagnahme entstehende Recht ist der prozessuale Anspruch auf die in bestimmter Weise bevorzugte Befriedigung wegen einer vollstreckbaren Forderung aus den Einkünften oder dem Erlöse des zur Zwangsverwaltung oder zur Zwangsversteigerung gebrachten Grundstücks.

Lebenslauf.

Am 17. August 1886 wurde ich, Jean Hirschfeld, Sohn des Kgl. Kreisarztes, Medizinalrats Dr. Hirschfeld, in Briesen W./Pr. geboren. Nach bestandener Reifeprüfung studierte ich an den Universitäten Berlin, Lausanne und Breslau Rechts- und Staatswissenschaften. Am 17. Juni 1909 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung und wurde darauf zur Ausbildung dem Kgl. Amtsgericht in Guhrau, sodann dem Kgl. Landgericht in Glogau überwiesen.